
Décret anti-immigration : La justice oblige le président des Etats-Unis à revoir sa copie

Droits des étrangers (Etats-Unis)

Johann Morri



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3023>

DOI : 10.4000/revdh.3023

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Johann Morri, « Décret anti-immigration : La justice oblige le président des Etats-Unis à revoir sa copie », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 02 mars 2017, consulté le 10 décembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3023> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.3023>

Ce document a été généré automatiquement le 10 décembre 2020.

Tous droits réservés

Décret anti-immigration : La justice oblige le président des Etats-Unis à revoir sa copie

Droits des étrangers (Etats-Unis)

Johann Morri

- ¹ Durant la campagne présidentielle américaine, le candidat Donald Trump a multiplié les déclarations faisant le lien entre terrorisme, immigration et réfugiés, et suggéré à plusieurs reprises qu'il prendrait des mesures spécifiques concernant les étrangers de confession musulmane ou originaires de pays musulmans. Il a mis en cause la loyauté de ces ressortissants et imputé à leur présence à un risque accru d'attaques terroristes. Cette thématique a culminé avec la sortie, le 7 décembre 2015, d'un communiqué de presse du candidat appelant, au moins pour un temps, à un « arrêt total et complet de l'entrée de Musulmans aux Etats-Unis » (la phrase exacte du communiqué est la suivante : *Donald J. Trump is calling for a total and complete shutdown of Muslims entering the United States until our country's representatives can figure out what is going on.*)¹. Devant l'ampleur des réactions à cette proposition, dont le caractère inconstitutionnel et discriminatoire a été dénoncé jusque dans les rangs Républicains, le candidat s'est ensuite installé dans l'ambiguïté, sans jamais renoncer explicitement à la proposition, mais en indiquant par exemple, qu'elle ne prendrait pas la forme d'un arrêt total mais celui d'un « contrôle extrême » (*extreme vetting*) de l'entrée des ressortissants de certains pays. Par ailleurs, s'agissant de la question de l'accueil des réfugiés, le candidat s'est déclaré à plusieurs en faveur de l'arrêt total de l'accueil de réfugiés syriens et à une baisse drastique du nombre total de réfugiés accueillis dans le cadre du programme de réinstallation². C'est dans ce contexte que, le 27 janvier 2017, le président nouvellement élu Donald Trump a promulgué l'*Executive Order 13769* (ci-après « le décret »), sous l'intitulé : « Protéger la Nation contre l'entrée des terroristes étrangers »³. Cette mesure a fait l'objet d'une contestation politique et juridique vigoureuse (1°). Cette contestation a abouti à la suspension du décret par la Cour d'Appel Fédérale du 9^{ème} circuit, qui constitue un revers significatif pour le

Président (2°). Mais l'administration a annoncé une nouvelle version du décret : la bataille juridique ne fait que commencer (3°).

1°/- Le décret a fait l'objet d'une forte opposition politique et juridique :

A - Une mesure censée lutter contre le terrorisme, mais qui frappe indifféremment un ensemble de ressortissants de pays musulmans

- 2 Le décret 13769, présenté comme une mesure de lutte contre le terrorisme, frappe indifféremment un ensemble de catégories d'étranger et de réfugiés et cible particulièrement les ressortissants de sept pays musulmans.
- 3 L'exposé des motifs du décret comporte trois points. Le premier point indique que le processus de délivrance des visas « joue un rôle crucial pour la détection des individus en lien avec des organisations terroristes et pour prévenir leur entrée aux Etats » et prend l'exemple de l'attaque du 11 septembre 2001 pour démontrer les failles du dispositif. Le deuxième point indique que, depuis cette date, de nombreux individus nés à l'étranger ont été condamnés ou impliqués dans des affaires de terrorisme –sans mentionner de données précises-, y compris des étrangers entrés sous couvert d'un visa délivré en qualité d'étudiant, de visiteur, ou de travail, ainsi que des réfugiés accueillis dans le cadre du programme de réinstallation. Il est ajouté que « la détérioration des conditions dans certains pays due à la guerre, aux conflits, aux désastres et aux soulèvements accroît la probabilité que des terroristes usent de tous les moyens possibles pour entrer aux Etats-Unis ». Le dernier point indique que les Etats-Unis doivent s'assurer que les étrangers qui entrent sur leur territoire ne fassent pas preuve d'hostilité à l'égard du pays et de ses principes fondateurs. Les Etats-Unis ne sauraient, par suite, admettre « ceux qui n'adhèrent pas à la Constitution ou qui sont partisans d'idéologies violentes qu'ils considèrent supérieures à la Constitution. » L'exposé ajoute que les Etats-Unis ne sauraient admettre des individus engagés dans « des actes d'intolérance ou de haine (notamment des « crimes d'honneur », d'autres formes de violence contre les femmes, de persécution contre des personnes pratiquant des religions différentes) ou de personnes qui se livreraient à la discrimination contre des Américains, quelle que soit leur race, leur genre ou leur orientation sexuelle ».
- 4 Le décret lui-même contient toute une série de dispositions. Certaines ont particulièrement retenu l'attention. L'article 3 (c) ordonne aux différentes administrations en charge de la délivrance des visas de procéder à un réexamen complet du processus de délivrance et suspend pour 90 jours l'entrée des ressortissants de 7 pays, désigné par référence à l'article 217 (a) (12) de la loi relative l'immigration (*Immigration Nationality Act*)⁴, qui comprend l'Iraq, l'Iran, la Lybie, la Somalie, le Soudan, la Syrie et le Yemen. L'article 5 (a) du décret suspend pour 120 jours le programme américain d'admission de réfugiés, dans l'attente d'une refonte du dispositif d'admission destinée à prévenir les risques liés à l'entrée de ces réfugiés. Il ajoute qu'à la reprise du programme, les administrations concernées devront, « dans les limites permises par la loi, accorder une priorité aux demandes fondées sur des persécutions religieuses, pourvu que la religion de l'individu soit minoritaire dans le pays dont l'individu est ressortissant ».

L'article 5 (c), quant à lui, suspend indéfiniment l'entrée de réfugiés syriens. Enfin, l'article 5 (d) limite à 50 000 le nombre de réfugiés pouvant être accueillis en 2017.

B - Un dispositif qui s'inspire en partie de la proposition initiale de *muslim ban*, même s'il en constitue une forme atténuée

- 5 Sur la nature du décret, deux analyses s'opposent.
- 6 Pour l'administration, quelle que soit la généalogie de la mesure, le contenu du décret est désormais une mesure de police de l'immigration s'inscrivant dans un cadre constitutionnel normal et relevant des pouvoirs normalement dévolus au président. L'argument central de cette thèse est que rien, dans le décret, ne fait de mention spécifique de la religion musulmane. Il est soutenu que les 7 pays sélectionnés l'ont été uniquement sur la base de risques pour la sécurité nationale, risques le président est le seul en mesure d'apprécier, et qui avaient d'ailleurs été relevés par le président Obama. En effet, par les dispositions combinées d'une loi adoptée en 2015 et d'une décision du président Obama, les pays en question avaient été exclus du programme de dispense de visas début 2016, l'octroi d'un visa s'effectuant au cas par cas⁵. Enfin, tout en reconnaissant que les 7 pays concernés sont des pays à population en majorité musulmane, les défenseurs du décret tirent aussi argument du fait de nombreux pays musulmans ne figurent pas dans cette liste.
- 7 Les opposants au décret font tout d'abord valoir que le motif antiterroriste relève avant tout de l'habillage. Tout en faisant l'amalgame entre immigration et terrorisme, l'exposé des motifs ne relève aucun élément précis depuis les attaques du 11 septembre 2001. Ces attaques n'ont pas été commises par des ressortissants de 7 pays en cause et, pour autant qu'on le sache, les ressortissants de ces pays n'ont pas été particulièrement impliqués dans les attaques survenues depuis 2001, et notamment pas les actes terroristes récents (attaque de San Bernardino ou attaque d'une discothèque en Floride). Par ailleurs, si tous les pays musulmans ne sont pas mentionnés dans la liste, l'exclusion de certains pays semble surtout répondre à des raisons de « *realpolitik* » économique et diplomatiques – certains de ses pays, dont les ressortissants ont été impliqués dans des attaques terroristes, ont des relations privilégiées avec les Etats-Unis, et ont des capacités de représailles économique ou diplomatiques. Enfin, il est soutenu que compte tenu à la fois des déclarations du candidat, de son entourage, et de l'économie générale du décret et de son impact disproportionné sur des étrangers d'origine musulmane, sa neutralité de façade ne doit pas tromper sur sa nature discriminatoire.
- 8 L'enjeu du contentieux est donc de déterminer si le décret est la forme atténuée, mais désormais légale, d'une promesse de campagne électorale ouvertement discriminatoire et xénophobe ou, au contraire, un simple subterfuge juridique destiné à camoufler la mise en œuvre effective de la promesse de « *muslim ban* »⁶.

C - Une vigoureuse mobilisation politique et contentieuse contre le décret

- 9 Le décret, qui ne contenait aucune disposition transitoire, est entré en vigueur dès sa publication, le 27 janvier 2017. Du jour au lendemain –d'une heure à l'autre, en fait-, des milliers de ressortissants de 7 pays concernés par la suspension d'entrée ou de réfugiés en instance d'installation aux Etats-Unis se sont retrouvés bloqués aux frontières ou se sont

vu refuser l'embarquement par les compagnies aériennes, dans le pays de départ ou dans le pays d'escale. En l'absence de toute indication spécifique, le refus d'entrée a été appliqué indifféremment aux titulaires d'une « carte verte » (autorisés à résider de façon permanente aux USA), aux détenteurs de titres de séjour temporaires (étudiants, salariés, etc.) ou d'un visa de tourisme ou d'affaires.

- 10 Dès sa publication, le décret a suscité une forte mobilisation. Dans les grandes villes, et notamment à New-York, de nombreuses manifestations et de réactions spontanées ont eu lieu dans les aéroports. Par ailleurs, dans les heures qui ont suivi la promulgation du décret, de nombreux recours ont été déposés auprès des juridictions fédérales de première instance –les *districts courts*– pour contester le décret ou ses mesures d'application⁷. Le 28 janvier 2017, M. Darweesh, un ancien interprète irakien de l'armée américaine, placé en zone d'attente par la police aux frontières à l'aéroport de New-York-La Guardia, déposait avec un autre requérant une requête en vue d'une *class action* (action collective) au nom de l'ensemble des étrangers concernés, avec le concours de différentes organisations de défense des droits de l'homme –notamment l'*American civil liberties union* (ACLU), la clinique juridique de l'Université de Yale, et le *National Immigration Law Center*. La requête était assortie d'une demande de suspension provisoire. A l'issue d'une audience tenue le même jour dans l'après-midi, la juge fédérale Donnelly (Eastern district of New York- Brooklyn) ordonnait la suspension de tout éloignement sur la base du décret –sans ordonner la libération des intéressés ou l'entrée sur le territoire américain, toutefois- et faisait injonction à l'administration de divulguer la liste complète des personnes retenues aux frontières⁸. La mesure n'avait pas de limitation géographique, et la suspension avait donc une portée nationale. Dans les heures et les jours suivants, d'autres juges fédéraux ordonnaient des mesures provisoires, allant d'une simple suspension d'éloignement à la libération pure et simple des intéressés. Aucune de ces mesures, toutefois, n'entraînait la suspension totale du décret et ne réglait la situation des étrangers titulaires d'un visa ou d'un titre de séjour bloqués en dehors du territoire américain.
- 11 C'est d'une action intentée sur la côte ouest que devait venir le développement le plus significatif. Le 30 janvier 2017, l'Etat de Washington⁹, bientôt rejoint par l'Etat du Minnesota, déposait devant la juridiction fédérale de première instance siégeant à Seattle (*US District Court for the Western District of Washington*) une requête tendant à l'annulation et, à titre provisoire, à la suspension des dispositions principales du décret –selon la procédure de *temporary restraining order*. Le 3 février 2017, le juge Robart ordonnait la suspension totale des dispositions principales du décret et notamment de celles permettant de refuser l'entrée aux ressortissants de sept pays, dans l'attente que l'affaire soit examinée au fond. L'administration interjetait aussitôt appel devant la Cour d'appel fédérale du 9^{ème} circuit, afin d'obtenir qu'il soit mis fin à la suspension. Après une audience tenue le 7 février, la cour d'appel, siégeant dans une formation de trois juges, confirmait la suspension des dispositions du décret, par une décision du 9 février. La décision était non seulement rendue à l'unanimité des trois juges, mais sous la forme d'une ordonnance dite *per curiam*, c'est à dire rédigée conjointement par les juges –et non, comme c'est le plus souvent le cas, par un juge nommément identifié écrivant pour le compte de la cour ou de la majorité.

2°/- La suspension par la Cour d'Appel : un important revers pour le Président

- 12 Les enseignements qu'on pourra tirer de la décision sont nécessairement limités par son cadre procédural, qui est celui d'une mesure provisoire (A). Elle comporte néanmoins des éléments intéressants sur l'intérêt à agir d'un Etat pour contester le décret (B) et sur la méconnaissance des garanties constitutionnelles procédurales (C).

A - Le cadre procédural entourant le prononcé de mesures provisoires

- 13 Dans le cadre de la procédure de *temporary restraining order*, dont Frédéric Rolin a relevé les similarités frappantes avec la procédure française de « référé suspension »¹⁰, la suspension est accordée si les requérants démontrent qu'ils ont de fortes chances de l'emporter sur le fond et que la mesure pourrait entraîner un préjudice irréparable. Le juge apprécie également des facteurs pouvant contrebalancer l'intérêt de la mesure, tels que l'existence de conséquences substantielles dommageables pour la partie en défense (ici, l'administration) et l'intérêt public. Le succès dans le cadre de cette procédure ne préjuge pas de l'issue du litige au fond mais, dans la mesure où les requérants doivent démontrer de « fortes chances » (*strong showing*) de l'emporter au fond, l'octroi du sursis donne des indications sur les chances respectives des parties à un moment donné de l'instruction. L'octroi de la suspension ne garantit pas l'annulation, mais il en révèle la probabilité.

B - Les Etats de Washington et du Minnesota ont intérêt à agir

- 14 Une des premières lignes de défense de l'administration était la contestation de l'intérêt à agir des Etats de Washington et du Minnesota.
- 15 L'intérêt à agir des Etats n'était pas évident. L'article III de la Constitution indique que les cours fédérales ne peuvent être saisies que sur la base d'un litige concret (« cases » and « controverses »). Cet article fonde une théorie de l'intérêt à agir qui, comme c'est souvent le cas en la matière –et sous toutes les latitudes– ne brille pas toujours par sa prévisibilité. Pour agir en justice devant une juridiction fédérale, un requérant doit démontrer que la décision préjudicie à ses intérêts de manière directe, concrète et spécifique. Toutefois, ces dernières années, cette condition a parfois été interprétée de façon libérale lorsque les requérants n'étaient pas des particuliers, mais des Etats fédérés : ainsi, en 2007, douze Etats se sont vus reconnaître le droit de contester le refus, par l'agence de protection de l'environnement, de prendre des mesures plus énergiques contre les gaz à effet de serre (voir *Massachusetts v. Environmental Protection Agency* 549 U.S. 497 (2007)). Et, plus récemment, la Cour d'Appel fédérale du 5^{ème} circuit a reconnu l'intérêt à agir de l'Etat du Texas pour contester la deuxième vague des mesures de régularisations d'étrangers décidées par le président Obama, le programme Dapa (*Texas v. United States* 783 F.3d 733 (2015)), au seul motif du préjudice financier qu'entraînerait, pour les Etats requérants, la possible délivrance de permis de conduire aux étrangers nouvellement régularisés. Cette décision, très critiquée, a été l'objet d'un pourvoi devant la Cour Suprême. Mais la Cour Suprême, qui siège à 8 juges depuis le décès et le non

remplacement du juge Scalia, n'a pu se départager, et le pourvoi a été rejeté par une décision non motivée constatant la division de la Cour 4 juges contre 4.

- 16 Pour justifier leur intérêt à agir, les Etats de Washington¹¹ et du Minnesota invoquaient deux théories : celle de l'intérêt à agir au nom de la défense de leur habitants (l'intérêt dit « *parens patrie* ») et un intérêt propre et patrimonial, en raison des effets de la mesure sur leur système public d'enseignement supérieur –dont ils soutenaient, sans être contestés, qu'il n'a pas de personnalité juridique distincte et constitue une « branche » de l'Etat. Les Etats faisaient valoir que, d'une part, le décret faisait obstacle à l'inscription d'étudiants originaires des pays en cause et que, d'autre part, il mettait en péril le recrutement d'enseignant chercheurs étrangers et d'internes en médecine, la conduite d'activités de recherche par les chercheurs étrangers, l'accueil de *visiting scholars* (enseignants invités).
- 17 C'est le deuxième argument que la Cour a été retenu, en se fondant sur plusieurs affaires où avait été reconnu l'intérêt d'un établissement scolaire à agir au nom de ses élèves ou de ses étudiants, ou d'un docteur au nom de ses patients –théorie dite du *third party standing* (intérêt à agir d'un tiers pour le compte d'autrui).

C - Bien qu'il touche à la sécurité nationale, le décret peut être contesté en justice

- 18 L'Etat fédéral soutenait également que le décret, dans la mesure où il touchait à la sécurité nationale et au contrôle de l'immigration, était insusceptible de contrôle par l'autorité judiciaire –Le gouvernement ne se limitait donc pas à soutenir que le juge devait exercer un contrôle minimal sur le bien-fondé de l'acte, au nom de la traditionnelle déférence pour les appréciations portée par l'Exécutif dans certaines matières ultra régaliennes, mais que l'acte échappait, par principe, à tout contrôle –un acte de gouvernement, en quelque sorte¹².
- 19 La Cour écarte cet argument par une motivation cinglante, en relevant non seulement qu'il n'existe « aucun précédent » au soutien de cette théorie, mais aussi qu'elle serait « fondamentalement contraire à la structure fondamentale de notre démocratie constitutionnelle ». Pour illustrer son propos, elle cite un passage de l'affaire *Boumediene v. Bush* 553 U.S. 723,765 (2008), dans laquelle la Cour suprême avait affirmé, à propos du statut des « ennemis combattants » détenus à Guantanamo, que ni le Congrès ni le président ne disposent de la faculté « d'allumer ou d'éteindre la Constitution » selon leur bon vouloir.
- 20 Elle refuse également d'appliquer le degré de contrôle très limité énoncé dans l'affaire *Kleindienst v. Mandel* 408 U.S. 753 (1972) : dans cette affaire, qui concernait un refus de visa à l'écrivain trotskiste Ernest Mandel, qui avait été invité à une série de conférences aux Etats-Unis, la Cour suprême avait jugé que lorsqu'un refus de visa est fondé sur un motif en apparence légitime et de bonne foi, l'appréciation de l'administration est insusceptible de contrôle. La Cour d'appel indique que ce contrôle ultra minimal ne s'applique qu'à des situations où le président applique des critères énoncés par la loi, mais non, comme en l'espèce, à des situations où il énonce de nouvelles règles générales en matière de police de l'immigration.

D - De fortes chances de succès au fond, sur le moyen de la méconnaissance du *due process of law*

- 21 Dans sa requête au fond, l'Etat de Washington a soulevé neuf moyens contre le décret, sur des fondements constitutionnels et législatifs. Ces moyens peuvent être regroupés autour de trois thèmes. La première série de moyens est tirée de la méconnaissance *due process of law* (qui, dans sa composante procédurale, s'apparente au principe du contradictoire ou des droits de la défense). Il est fait valoir que les personnes concernées ont été privées de leurs droits sans aucune garantie procédurale. La deuxième catégorie de moyens se situe sur le terrain de la discrimination. L'Etat de Washington soutient, en se fondant notamment sur le florilège de déclarations du candidat Trump durant sa campagne, que le décret a pour objet et pour effet d'opérer une discrimination contre les Musulmans ou les ressortissants de pays musulmans. Il est fait valoir méconnaît le principe constitutionnel d'égalité devant la loi (*equal protection*), le principe législatif de non-discrimination en matière de délivrance des visas (Immigration and Nationality Act, 8 U.S.C. § 1152(a)(1)(A)). Il est également soutenu que le volet « réfugiés » du décret est conçu pour favoriser une religion au détriment d'une autre (en donnant la priorité aux minorités religieuses vivant dans des pays musulmans) et constitue, à ce titre, une forme d'« établissement » d'une religion prohibée par le Premier amendement. La dernière catégorie de moyens se rattache à la méconnaissance des règles législatives de l'*Administrative Procedure Act* qui encadrent la production d'actes réglementaires (obligation de consultation préalable du public, notamment). Bien que cette dernière catégorie n'ait pas la même portée symbolique et politique, elle peut s'avérer déterminante : c'est sur ce fondement que le Texas a obtenu gain de cause dans la remise en cause du programme de régularisation du président Obama.
- 22 Pour estimer que les requérants avaient démontré de fortes chances de succès dans le litige au principal, la Cour d'Appel s'est fondée sur uniquement sur la méconnaissance du *due process of law*, même si elle a tenu à indiquer que la question de la discrimination sur un fondement religieux et de la méconnaissance du principe de non établissement posait également une question sérieuse.
- 23 Le 5^{ème} amendement à la Constitution dispose notamment que les individus ne peuvent être privés « de leur vie, leur liberté ou leur propriété » sans que soit respecté le principe du *due process of law*. Ce principe comporte une composante procédurale (la seule en débat ici) qui est à peu près l'équivalent des droits de la défense ou du contradictoire. Il implique notamment que l'atteinte à un intérêt protégé soit précédée d'une information préalable des intéressés (*notice*) et de la possibilité de présenter des observations (*opportunity to respond*).
- 24 Les deux Etats requérants ont fait valoir que cette garantie était méconnue par le décret sous trois aspects. D'abord en ce que l'article 3 c) du décret prive les détenteurs d'un titre de séjour permanent (la carte verte) ou d'un titre de séjour temporaire (étudiants, travail, etc.) et se trouvant en dehors des Etats-Unis du droit de rentrer dans le pays, sans aucune information préalable ou possibilité de présenter des observations. Ensuite en ce qu'elle prive ces mêmes étrangers de la possibilité de voyager (puisque'ils ne sont pas sûrs de pouvoir revenir), toujours sans procédure contradictoire. Enfin, parce que s'agissant des demandeurs d'asile, l'article 5 prive d'effet toutes les garanties spécifiques tirées du droit fédéral des réfugiés.

- 25 En défense, l'administration faisait tout d'abord valoir que le litige avait, sur ce point, perdu son objet, dans la mesure où, après avoir initialement appliqué le décret sans distinction de titre de séjour, elle avait rapidement accepté d'exonérer les titulaires d'une « carte verte ». La Cour relève que, sur ce point, l'administration a changé plusieurs fois de positions en quelques jours, et qu'elle ne peut se satisfaire d'une simple annonce par le service juridique de la Maison Blanche pour estimer que les résidents permanents seraient désormais à l'abri du décret – lequel n'opère aucune distinction explicite entre résidents permanents et temporaires.
- 26 La Cour relève également que, contrairement à ce que soutenait l'administration, les résidents permanents ne sont pas la seule catégorie d'étrangers pouvoir se prévaloir du *due process of law*. Elle indique que, dans certaines conditions, cette garantie est également invocable par des titulaires d'un titre de séjour temporaire, voire par des étrangers qui, sans être titulaires d'un titre de séjour, peuvent se prévaloir d'un lien particulier avec un ressortissant américain ou un résident permanent et, dans certaines hypothèses, d'étrangers en situation irrégulière sur le territoire américain.
- 27 Compte-tenu de ces éléments, la Cour conclut que les deux Etats requérants ont de fortes chances de succès sur la base de ce moyen. Elle relève, enfin, que les conditions ne sont pas réunies pour ne prononcer qu'une suspension partielle des articles contestés. L'administration, se sentant en difficulté lors des débats oraux devant la Cour, avait sur ce point tendu une perche aux juges d'appel, en suggérant de limiter la suspension aux résidents permanents ou aux étrangers en situation régulière. La Cour refuse de s'engager dans cette voie. Elle relève que certains étrangers en situation irrégulière pourraient également invoquer la violation du *due process of law*, et qu'elle ne souhaite pas se livrer à ce qui s'apparenterait à une réécriture du décret. Elle refuse également de limiter géographiquement les effets de la suspension aux deux Etats concernés, estimant que cette limitation serait absurde et impraticable.
- 28 La Cour, enfin, se livre à une incidente sur la question de la discrimination religieuse et la violation du principe de « non établissement » des religions posé par le Premier Amendement de la Constitution. Sans se prononcer directement sur les chances de succès du moyen, elle relève que les requérants ont produit de nombreuses déclarations suggérant l'intention du président d'adopter un *muslim ban*, que leurs allégations sur ce point sont sérieuses et soulèvent d'importantes questions constitutionnelles, dont l'examen devra être réservé dans le cadre de l'instance au fond,
- 29 Sur cette base, la Cour d'Appel, après avoir vérifié que le maintien de la mesure de sursis ne contreviendrait à l'intérêt public, confirme la suspension ordonnée par le juge de Seattle.

3°/- La bataille juridique ne fait que commencer

- 30 Cette décision a eu un retentissement politique et une portée pratique considérable. En effet, elle a permis l'entrée aux Etats-Unis de nombreux ressortissants des sept Etats concernés par le gel, ou tout du moins de ceux qui avaient déjà obtenu un visa ou un titre de séjour. Par ailleurs, l'administration a clairement perdu une bataille juridique et symbolique. Sur le plan juridique, l'administration, qui avait initialement annoncé un pourvoi devant la Cour suprême des Etats-Unis, semble avoir renoncé à cette option pour privilégier une autre approche : rédiger une nouvelle mouture du décret. En effet, en

l'état actuel du texte, de la composition de la Cour (qui siège toujours à 8 juges en attendant l'éventuelle confirmation du juge Neil Gorsuch par le Sénat), et compte tenu du cadre procédural peu favorable –en cas d'appel d'une mesure provisoire, l'administration partie perdante supporte en partie la charge de la preuve–, le risque de défaite apparaissait trop important. Sur le plan symbolique et politique, la suspension a également infligé un désaveu au président Trump, sur une des mesures phares de son programme. Elle a aussi montré que le pouvoir judiciaire, tout du moins s'agissant des juges de première instance et des Cours d'appel, n'était pas prêt à se laisser intimider. Les vociférations du président, qui avait notamment qualifié le juge fédéral de Seattle de « soi-disant juge », et mis en cause la teneur « politique » des débats devant la Cour d'appel sont restées sans effet.

- 31 Pour autant, la partie est loin d'être gagnée pour les opposants aux mesures annoncées par le président Trump, et du nouveau décret en préparation.
- 32 Les points que l'on peut considérer comme acquis sont en nombre limité. On peut affirmer, mais on le savait déjà avant le contentieux contre le décret, que des mesures ouvertement discriminatoires à l'égard des étrangers musulmans, à plus forte raison des américains de confession musulmane, seraient totalement contraires à la Constitution. Dans sa forme originelle, le « *muslim ban* » évoqué au début de la campagne électorale n'a donc, à cadre constitutionnel et institutionnel constant, aucune chance de voir le jour – à moins d'un choc politique et d'un effondrement moral de la même ampleur que celui qui a permis l'internement des Américains d'origine japonaise pendant la Deuxième Guerre Mondiale. Il est également probable que les droits des résidents permanents, les titulaires d'une carte verte, ne seront pas affectés par un nouveau décret, en raison de l'issue du premier contentieux et la très forte réaction politique sur ce point –y compris dans les rangs Républicains. Il reste tout de même préoccupant que cette mesure ait été initialement envisagée, même à titre de « ballon d'essai ».
- 33 Si on met à part la question de l'intérêt à agir, qui ne posera pas si les requérants sont des personnes physiques, et non des Etats, plusieurs incertitudes majeures pèsent sur les contentieux à venir.
- 34 D'abord, le cadre constitutionnel qui régit les mesures prises en matière de politique de l'immigration, et en particulier d'entrée sur le territoire, reste un cadre d'exception. Comme nous l'avons expliqué dans cette revue¹³, la doctrine dite des « compétences plénières » (*plenary power*) en matière d'immigration continue de reconnaître aux « branches politiques » du gouvernement (le Congrès et le Président, par opposition à la branche judiciaire) un très large pouvoir d'appréciation en matière d'immigration. Ce pouvoir varie selon les domaines, mais le respect (*judicial deference*) manifesté par le juge aux appréciations portées par le Congrès ou par l'Exécutif est parfois si large qu'il équivaut, dans les faits, à une absence ou quasi-absence de contrôle. Quelques jours avant le juge fédéral de Seattle, un autre juge fédéral, le juge Gorton, siégeant à Boston, s'était fondé sur la déférence traditionnellement accordée au Congrès et au Président dans ces matières pour rejeter une demande de suspension du décret¹⁴. Pas plus tard qu'en 2015, dans l'affaire *Kerry v. Din*, 576 U.S. ____ (2015), il s'est encore trouvé, au sein de la Cour suprême, une majorité de juges pour décider que le refus de visa opposé au conjoint étranger d'un ressortissant américain échappe au contrôle de l'autorité judiciaire (il s'agissait d'un ressortissant afghan que l'administration avait qualifié, sans autre précision de fait ou de droit, de « terroriste »). Trois juges (Scalia, Thomas, Roberts) ont estimé que cette décision était en dehors du champ d'application du *due process of law*, et

échappait donc à tout contrôle, dans la mesure où l'intéressé, même marié à une américaine, n'avait pas un droit se rattachant à la « vie, de la liberté ou (...) la propriété » au sens du 5^{ème} amendement. Deux juges ont quant à eux estimé que, comme dans l'affaire *Kleindienst v. Mandel* précitée, le juge devait se limiter à contrôler l'existence d'un motif « en apparence légitime et de bonne foi » (*facially legitimate and bona fide*), c'est à dire à un contrôle purement nominal.

- 35 Certes, l'affaire *Kerry v. Din* concernait une affaire dans laquelle l'administration appliquait une disposition législative, mais il n'est guère difficile de trouver, dans le bric-à-brac de la loi sur l'immigration, des habilitations en tout genre pour l'Exécutif. Comme le relevait le chroniqueur judiciaire Jeffrey Toobin, le président a pris le décret sur le fondement d'une disposition législative indiquant que lorsque le président « détermine que l'entrée d'un étranger ou d'une catégorie d'étrangers aux Etats-Unis serait contraire à l'intérêt des Etats-Unis », il peut suspendre leur entrée pour une période qu'il détermine ou imposer des restrictions appropriées. Cette disposition, adoptée en 1952 malgré le veto du Président Truman, est toujours en vigueur (8 U.S.C. § 1182). L'Etat de Washington a fait valoir que ce pouvoir doit s'exercer dans le respect d'une autre disposition législative (8 U.S.C. § 1152(a)(1)(A)), qui interdit, pour la délivrance des visas de long séjour en qualité d'immigrant, « toute discrimination fondée sur la race, la nationalité, le lieu de naissance ou de résidence ». L'articulation entre ces dispositions sera une des clefs des contentieux à venir.
- 36 La deuxième difficulté, qui se combine à la première, vient de l'invocation de la menace terroriste et de l'atteinte à la sécurité nationale. Non pas que le juge abdique systématiquement tout contrôle à l'invocation de la menace terroriste et des nécessités de la défense nationale – voir, par exemple, la fermeté de la Cour Suprême dans les affaires *Hamdi v. Rumsfeld* 542 U.S. 507 (2004) et *Boumediene v. Bush* 553 U.S. 723 (2008), concernant les suites du 11 septembre 2001. Dans ce domaine, comme en matière de conduite des relations internationales, la théorie de la déférence judiciaire précitée joue traditionnellement à plein, le juge étant réticent à substituer son appréciation (*second guess*, selon l'expression américaine) à celle de l'Exécutif. Même si l'administration, dans les débats devant les oraux devant les premiers juges et la Cour d'appel, s'est trouvée particulièrement embarrassée pour produire de quelque donnée justifiant le choix des sept pays en cause¹⁵, elle ne manquera pas d'invoquer le large pouvoir d'appréciation reconnu au président en matière d'appréciation des risques sécuritaires, ainsi qu'en matière de politique étrangère.
- 37 La troisième difficulté, d'ailleurs en partie liée aux deux premières, est de déterminer par quelle méthode le juge contrôlera le caractère discriminatoire des mesures prises ou à prendre. Dans quelle mesure prendra-t-il en compte le contexte et les déclarations électorales du candidat Trump qui, si elles étaient retenues, ne laisseraient planer aucun doute sur l'intention discriminatoire ? Les juridictions saisies combineront-ils ces éléments avec l'impact du décret, dont il est clair, notamment en ce qui concerne l'accueil des réfugiés, qu'il est principalement destiné à limiter l'arrivée ou la circulation de ressortissants de pays musulmans. Un juge fédéral de première instance (la juge Léonie Brinkema, siégeant en Virginie) a admis, dans un autre contentieux concernant le décret, de prendre en compte les déclarations du président Trump ou de ses proches conseillers – comme l'ancien maire de New-York Rudi Giuliani pour apprécier le caractère discriminatoire du décret¹⁶. Mais, bien entendu, la décision d'un juge de première

instance ne suffit pas à préjuger de l'issue du contentieux, d'autant qu'on ne connaît pas encore le contenu du nouveau décret.

Conclusion

- 38 L'arrêt rendu par la Cour d'Appel du 9^{ème} circuit a, en pratique, scellé le sort de la première version du décret pris par le Président Trump. Dans les jours qui viennent, une nouvelle version du décret donnera l'occasion à la justice de se prononcer à nouveau. Ce contentieux pourrait être un moment décisif dans les rapports entre le pouvoir judiciaire et la présidence de Donald Trump. On peut aussi souhaiter qu'il soit l'occasion de revoir le cadre juridique archaïque qui entoure le contrôle des mesures en matière d'immigration. A l'inverse, si ce cadre est maintenu en l'Etat, il pourrait offrir une porte de sortie à l'administration. A ce stade, on est en réduit à espérer que la réaction de la justice sera à la mesure des enjeux d'une présidence qui s'annonce hors normes, à tous les sens du terme. Le pire n'est pas certain, il n'est pas non plus à exclure.

*

- 39 (NB : Ce commentaire a été achevé le 28 février 2018. A cette date, la sortie de la nouvelle version du décret annoncée par l'administration n'était pas encore parue)

*

- 40 Cour d'appel fédérale du 9^{ème} circuit, *State of Washington v. Trump*

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner et se désabonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. Voir, pour le texte complet du communiqué, le site du candidat Donald Trump : <https://www.donaldjtrump.com/press-releases/donald-j.-trump-statement-on-preventing-muslim-immigration> (consulté pour la dernière fois le 27 février 2017)
2. Voir, par exemple, <http://www.npr.org/sections/parallels/2016/06/15/482184991/fact-check-donald-trump-and-syrian-refugees> (consulté pour la dernière fois le 27 février 2017)
3. Un *executive order* est un acte réglementaire du Président des Etats-Unis. On traduira le terme par « décret ».
4. Codifié dans le volume 8 du code de la législation fédérale : 8 U.S.C. § 1187(a)(12)).

5. Voir : <https://www.dhs.gov/news/2016/02/18/dhs-announces-further-travel-restrictions-visa-waiver-program> et <http://www.cnn.com/2017/01/29/politics/how-the-trump-administration-chose-the-7-countries/> (consulté le 27 février 2017)
6. La Cour d'Appel n'a pas pu se prononcer directement sur la question et n'aura sans doute jamais l'occasion de le faire. Pour notre part, nous n'avons pas de doute que, compte tenu à la fois du contexte et de l'économie de l'arrêt, on était bien en présence d'une mesure à visée discriminatoire.
7. Au 21 février, le site *Civil Rights Clearinghouse* (site géré par l'Université du Michigan-faculté de droit- qui procède au recensement des actions en justices relatives aux droits civils et aux libertés publiques) recensait une soixantaine de recours, dont environ trente encore actifs –une partie des actions ayant donné lieu à un désistement ou un non-lieu. Voir : <https://www.clearinghouse.net/results.php?searchSpecialCollection=44> (consulté le 21 février 2017)
8. Pour une description complète de l'affaire, voir le site de la clinique juridique de Yale : <https://www.law.yale.edu/studying-law-yale/clinical-and-experiential-learning/our-clinics/worker-and-immigrant-rights-advocacy-clinic/darweesh-et-al-v-trump-et-al>
9. Etat situé entre l'Oregon et la frontière canadienne, qui doit être distingué du district fédéral de Washington, dans lequel se situe la capitale fédérale.
10. Frédéric Rolin, *State of Washington vs Donald Trump ou le référé suspension à l'américaine*, AJDA 2017, p. 369
11. Ironie du sort, dans le contentieux intenté par le Texas, l'Etat de Washington et de nombreux autres Etats, dont la Californie, étaient intervenus pour dénier l'intérêt à agir du Texas. C'est donc par une forme de « jiu jitsu » juridique que l'Etat de Washington a finalement décidé se prévaloir de cet arrêt –qui n'a, au demeurant, qu'une autorité limitée, et qui ne lie en aucun cas la Cour du 9^{ème} circuit.
12. En France, ce moyen relèverait de la compétence de la juridiction administrative –du moins, si l'on accepte l'analogie avec l'acte de gouvernement-, et devrait être examiné logiquement avant celui de l'intérêt à agir. Nous suivons ici l'ordre de l'examen par la Cour d'appel.
13. Johann Morri, *Quels acteurs et quel contrôle pour la politique de l'immigration aux Etats-Unis*, La revue des droits de l'homme, n° 4, 2013
14. Voir le texte complet de sa décision : <http://www.politico.com/f/?id=0000015a-060c-d96b-a7fe-1efd89b00000> (consulté pour la dernière fois le 27 février 2017)
15. Devant le juge de Seattle, la représentante de l'administration, interrogée sur le nombre d'attaques terroristes depuis 15 ans liées à des ressortissants de ces sept pays, a indiqué que la question ne relevait pas de la compétence de son service...
16. *Aziz v. Trump*, 17-cv-116, U.S. District Court, Eastern District of Virginia (Alexandria)

RÉSUMÉS

Durant la campagne présidentielle, le candidat Donald Trump a évoqué la possibilité d'interdire l'entrée des Etats-Unis aux musulmans. Il a ensuite atténué sa proposition de « muslim ban », mais sans jamais la retirer. L'Executive Order 13769 (le décret), pris le 27 janvier 2017, s'inscrit dans la lignée de cette promesse électorale. Bien qu'elle ne fasse pas de référence directe à une religion, cette mesure, présentée comme une mesure de lutte contre le terrorisme, prononce un arrêt total des entrées des ressortissants de sept pays musulmans pour un période de trois mois

et suspend l'accueil de réfugiés syriens jusqu'à nouvel ordre. La décision a suscité une forte mobilisation de la société civile et une série de contentieux devant les juridictions fédérales. La suspension des principales dispositions du décret a été prononcée dans les jours suivants. Dans l'arrêt commenté, la cour d'appel fédéral du 9ème circuit confirme la suspension provisoire, en se fondant sur la méconnaissance du due process of law. L'administration a renoncé à porter l'affaire devant la Cour suprême et annoncé une nouvelle version du décret. Si, comme c'est probable, un nouveau contentieux se produit, un des enjeux en sera le degré de contrôle exercé par le pouvoir judiciaire. En effet, traditionnellement, le président se voit reconnaître en matière d'immigration, de politique étrangère et de sécurité une marge d'appréciation très large, qui pourrait compliquer la tâche des opposants au décret.

AUTEUR

JOHANN MORRI

Lecturer à l'UC Davis - King Hall School of Law (Université de Californie) - Diplômé du DEA « Droits de l'homme et libertés publiques » (Université Paris X-Nanterre) et du LLM de l'Université de Californie (Davis).